

# **BL\_GERICHTE 400 23 182 vom 17. Oktober 2023**

BL Gerichte, 2023-10-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_400\\_23\\_182](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_400_23_182)

FR: BL\_GERICHTE 400 23 182 du 17 octobre 2023

IT: BL\_GERICHTE 400 23 182 del 17 ottobre 2023

## **Regeste**

Vorsorgliche Beweisführung

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Zur Begründung des abweisenden Entscheids unter Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 12. Juli 2023 erwog die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht, die Parteien hätten sich anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 8. März 2023 zwar drauf geeinigt, dass insbesondere in den Fragen 2.7, 3.5, 4.3, 5.2, 6.1, 6.4, 7.2, 8.2, 9.2, 10.1, 12.1, 13.1, 13.3, 15.1, 16.2, 17.1, 19.2.1, 20.4.1, 20.5.1, 21.2.1, 23.1.1, 24.2.1., 25.2.1., 27.1.1, 27.2.1., 28.1.1 und 30.7 der Experte auch nach den mutmasslichen Kosten für die Umsetzung der von ihm vorgeschlagenen Massnahmen gefragt werde, wobei dies in der Annahme erfolgt sei, dass der bereits eingesetzte Experte auch Angaben zu den Kosten machen könne. Der Experte habe in der Folge mit seiner Eingabe an das Zivilkreisgericht vom 17. April 2023 mitgeteilt, dass er sich ausser Stande sehe, eine solche Kostenschätzung abzugeben, weil entweder die konkreten Massnahmen vorgängig in einer genaueren Planung zu definieren wären und/oder weil zu dieser Schätzung konkrete Offerten von entsprechenden Fachbetrieben einzuholen wären. In rechtlicher Hinsicht erwog die Vorderrichterin sodann, das Gericht nehme nach Art. 158 ZPO jederzeit Beweis ab, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewähre oder die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft mache. Um ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung glaubhaft zu machen, könnten sich die Gesuchskläger sodann nicht mit der Behauptung begnügen, dass ein Bedürfnis nach Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten bestehe. Eine vorsorgliche Beweisführung könne vielmehr nur mit Blick auf die Durchsetzung eines konkreten materiellrechtlichen Anspruchs verlangt werden. Im Weiteren ermächtige Art. 367 Abs. 2 OR den Besteller, auf eigene Kosten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige zu verlangen zur Sicherung des Beweises für die Mangelhaftigkeit oder die Mangelfreiheit des abgelieferten Werkes. Die Berufungskläger würden vorliegend indessen nicht begründen, inwiefern es zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten im Hinblick auf die Durchsetzung des materiell-rechtlichen Anspruchs notwendig sei, dass dem Experten bzw. den allfällig zusätzlich beizuziehenden Experten die Offerten zur Verfügung gestellt würden. Bei den Fragen betreffend Kostenschätzung gehe es zudem nicht darum, die Beweis- und Prozessaussichten im Hinblick auf die Durchsetzung des materiell-rechtlichen Anspruchs bzw. das Werk im Hinblick auf die Sicherung des Beweises für die Mangelhaftigkeit des Werkes zu prüfen. Diese Frage ziele vielmehr darauf ab, die Bezifferung des Schadens vornehmen zu können. Solches könne nicht Gegenstand des Verfahrens betreffend vorsorgliche Beweisführung sein, sondern müsse im Hauptverfahren beantragt werden,

weshalb der Antrag der Gesuchsteller betreffend Offerten vorliegend abzuweisen sei. 3.1 Die Berufungskläger beanstanden den angefochtenen Entscheid mit ihrer Berufung zunächst bezüglich vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung. So gehe das Zivilkreisgericht zu Unrecht davon aus, die Fragen nach den Kosten seien nur gestellt worden, weil man angenommen habe, der Experte könne sie auch beantworten. Eine weitere unrichtige Feststellung des Sachverhalts sei die Behauptung des Zivilkreisgerichts, der Experte sehe sich ausserstande, eine Kostenschätzung vorzunehmen. Entgegen der Feststellung der Vorinstanz habe der Experte nicht generell in Abrede gestellt, eine Kostenschätzung vornehmen zu können. Er habe lediglich darauf hingewiesen, dass ohne konkrete Offerten die gewünschte Genauigkeit von +/- 10% nicht realistisch sei, sondern nur eine Schätzung mit einer Genauigkeit von +/- 20% möglich sei. Die Berufungsbeklagte bestreitet eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung unter Hinweis auf das Schreiben des Experten im vorinstanzlichen Verfahren vom 17. April 2023. 3.2 Das Kantonsgericht kann aus den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids die von den Berufungsklägern behauptete fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung nicht nachvollziehen. Das Zivilkreisgericht führte aus, dass der Experte mit seiner Eingabe vom 17. April 2023 mitgeteilt habe, er sehe sich ausser Stande, «eine solche Kostenschätzung» abzugeben. Diese Erwägung lässt zwar einen gewissen Interpretationsspielraum zu. Wird sie allerdings im Kontext zum erwähnten Schreiben des Experten gelesen, wird offensichtlich, dass mit der vorinstanzlichen Feststellung keine gänzliche Unmöglichkeit einer Kostenschätzung gemeint sein konnte. Der vollständige Wortlaut dieses Schreibens vom 17. April 2023 wurde bereits unter Litera B hiavor wiedergegeben. Unter Berücksichtigung der Vorbemerkungen in diesem Schreiben ist klar, dass die Vorinstanz einzig darauf verweisen wollte, eine Kostenschätzung in der von den Berufungsklägern beantragten Genauigkeit von +/- 10% gemäss seinem verfahrenseinleitenden Gesuch vom 20. April 2021 könne ohne Weiterungen, wie im Schreiben vom 17. April 2023 angegeben, nicht erfolgen. Hingegen könne eine solche Schätzung mit einer Genauigkeit von +/- 20% erwartet werden. Die Vorinstanz muss sich in diesem Zusammenhang zwar den Vorwurf gefallen lassen, dass sie sich hätte präziser ausdrücken müssen. Eine falsche Sachverhaltsfeststellung ist damit indessen entgegen der Ansicht der Berufungskläger nicht verbunden. Dementsprechend ist die Berufung in diesem Punkt abzuweisen. Zum selben Ergebnis würde das Kantonsgericht gelangen, wenn der Vorwurf der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung zutreffen würde, da es die Berufungskläger versäumt haben, darzulegen, inwiefern die Korrektur der Sachverhaltsfeststellung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend gewesen wäre (vgl. Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, S. 208 N 484; Hungerbühler/Bucher, in: DIKE-Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2016, 2. Aufl., Art. 311 ZPO, N 37). Wie nachstehend zudem aufgezeigt wird, erweist sich der fragliche Sachverhalt für den Entscheid in der Sache denn auch nicht als rechtserheblich. 4.1 In rechtlicher Hinsicht beanstanden die Berufungskläger den angefochtenen Entscheid in ihrer Berufung mit der Begründung, die zivilkreisgerichtliche Argumentation, wonach eine Kostenschätzung nicht Gegenstand einer vorsorglichen Beweisführung sein könne, sei unhaltbar. Zudem übersehe die Vorinstanz, dass in Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO die Beweisgefährdung und das schutzwürdige Interesse als Anwendungsfälle einer vorsorglichen Beweisführung alternativ nebeneinanderstehen würden. Liege eine Beweisgefährdung vor, brauche es kein (weiteres) schutzwürdiges Interesse. Gebe es ein schutzwürdiges Interesse, müsse umgekehrt der Beweis nicht gefährdet sein. Die Beweisgefährdung hätten die Berufungskläger in ihrem Gesuch

dargetan. Dass sie sich darüber hinaus nicht noch in extenso zum schutzwürdigen Interesse im Hinblick auf einen materiellrechtlichen Anspruch geäußert hätten, liege daran, dass das Zivilkreisgericht stets alle ihre Fragen zugelassen habe. Eine weitere Begründung der Voraussetzungen sei weder gefordert noch sei sie angezeigt gewesen. Tatsächlich gebe es auch mit Bezug auf die Kostenschätzung materiellrechtliche Ansprüche, bezüglich denen Beweis- und Prozessaussichten abzuklären seien. Für den Hauptprozess werde sich - so die vorsorgliche Expertise entsprechende Beweis- und Prozessaussichten ergeben sollte - die Frage stellen, ob die Berufungskläger Nachbesserung, Minderung oder Wandelung geltend machen oder ob sie schon vorher eine Ersatzvornahme durchführen und sodann deren Kosten einklagen würden. Zur Beantwortung der Frage, welche dieser materiellrechtlichen Ansprüche die Berufungskläger geltend machen sollen, sei relevant, mit welchen Kosten für eine mängelfreie Fertigstellung der von der Berufungsbeklagten vertraglich versprochenen Leistungen zu rechnen sei. Schliesslich sei der Vollständigkeit halber erwähnt, dass der Hinweis des Zivilkreisgerichts auf Art. 367 Abs. 2 OR fehlgehe. Art. 367 Abs. 2 OR betreffe nur das abgelieferte Werk. Das Werk sei vorliegend aber noch nicht abgeliefert worden. Zudem gehe es bei der vorliegenden Expertise nicht nur um die Frage der Mängel. Ebenso wenig zielführend sei der Hinweis des Zivilkreisgerichts, dass der Antrag auf Kostenschätzung auch im Hauptverfahren gestellt werden könne, weil ohne die Kostenschätzung nicht klar sei, was überhaupt im Hauptverfahren geltend gemacht werden soll.

4.2 Die Berufungsbeklagte bestreitet zunächst, dass die Berufungskläger eine Beweisgefährdung glaubhaft gemacht hätten. Der Zustand der Liegenschaft sei vom Experten mit einem umfangreichen Bericht und mit zahlreichen Fotos dokumentiert worden. Die Planung der Fertigstellung und/oder Sanierung könne jederzeit vorgenommen werden, ohne dass sich an dieser Dokumentation noch etwas ändern werde. Damit liege die Vorinstanz mit ihrem Entscheid, wonach eine Beweisgefährdung weder nachgewiesen noch glaubhaft sei, richtig. Die Berufungskläger behaupteten, dass die Kostenschätzung dazu diene, die Beweis- und Prozessaussichten abzuklären. Diesbezüglich bestehe ein schutzwürdiges Interesse. Dieses Interesse werde jedoch, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt habe, nicht im Entferntesten begründet. Bei der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten gehe es nicht darum, das Prozessergebnis im Detail auszuloten. Es könne, wie das Zivilkreisgericht richtig festgestellt habe, auch nicht darum gehen, den Hauptbeweis im Detail vorwegzunehmen. Es möge zwar ein gewisses Interesse darin bestehen, die Höhe einer allfälligen Schadenersatzforderung festzustellen. Worin jedoch das schutzwürdige Interesse liegen soll, den gerichtlich bestellten Experten dazu zu verleiten, eine Parteimeinung einzuschätzen, erschliesse sich weder aus der Begründung zum Antrag vor der Vorinstanz noch aus der Berufung. Der Experte sei auch im vorsorglichen Beweisverfahren letztlich gehalten, eine unabhängige, neutrale Meinung zu vertreten. Werde ihm in einer Situation, in welcher er selber mitteilt, dass ihm das Fachwissen fehle, einfach die Parteibehauptung in Form eines Parteigutachtens vorgelegt, so komme er in die Lage, dieses Gutachten nicht unbefangen und neutral zu prüfen.

4.3.1 Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt ein Gericht jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Gegenstand des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ist nicht die abschliessende materiellrechtliche Beurteilung der streitigen Rechte oder Pflichten, sondern ausschliesslich eine Beweisabnahme im Hinblick auf die Feststellung eines bestimmten Sachverhalts. Die vorsorgliche Beweisführung dient einerseits der Beweissicherung und andererseits der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten. Um

ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung glaubhaft zu machen, kann sich der Gesuchsteller freilich nicht mit der Behauptung begnügen, es bestehe ein Bedürfnis danach, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären. Er kann eine vorsorgliche Beweisführung nur mit Blick auf die Durchsetzung eines konkreten materiellrechtlichen Anspruchs verlangen. Wer sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO beruft, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den das materielle Recht ihm einen Anspruch gegen den Prozessgegner verschafft und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (vgl. stellvertretend für die etablierte bundesgerichtliche Rechtsprechung BGer 4A\_165/2020 E. 4 ff. mit zahlreichen Hinweisen). Gemäss dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung zielt die vorsorgliche Beweisführung nicht auf die blosser Abschätzung der Beweis- und Prozesschancen, sondern auf deren Klärung. Entsprechend muss ein Beweismittel entscheidende Beweiskraft entwickeln können, indem es zum Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen tauglich ist und sich auch eignet, im Beweisverfahren eines allfälligen Hauptprozesses eine tragende Rolle zu spielen. Die Klärung der Beweis- und Prozesschancen erfordert eine breitere Würdigungsbasis als eine Abschätzung und führt zu einem höheren Grad an Gewissheit als die Abschätzung (BGer 4A\_165/2020 E. 4.1.2; Guyan in: Basler Kommentar Zivilprozessrecht, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 3. Aufl., 2017, Art. 158 ZPO N 5 mit Hinweis auf BGE 140 III 16 E. 2.5 und BGE 140 III 24 E. 3.3.3). Im Weiteren wird in der Literatur vereinzelt die Meinung vertreten, der Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung sei insofern subsidiärer Natur, als kein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisaufnahme bestehe, wenn eine Klageerhebung aufgrund der Sachlage möglich und zumutbar wäre. Würden schon Beweismittel vorliegen, welche eine Abschätzung der Erfolgsaussichten zuliesse, bestünde kein Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung (Zürcher, in: DIKE-Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2016, 2. Aufl., Art. 158 ZPO N 16). Das Bundesgericht hat diese Frage, soweit ersichtlich, bisher nicht entschieden (offengelassen in BGer 4A\_165/2020 E. 4.4.2 bzw. 4.5). Bereits in einer früheren Entscheidung äusserte das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, seine Bedenken zu einer solchen Beschränkung des Anspruchs auf vorsorgliche Beweisführung, zumal hierfür keine gesetzliche Grundlage bestehe (Entscheidung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 400 17 135 E. 7.2 mit Hinweis auf Fellmann, in: ZPO Komm., Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2016, 3. Aufl., Art. 158 ZPO N 20 wiederum mit Hinweisen). Im vorliegenden Verfahren besteht allerdings, wie bereits in der zitierten früheren kantonsgerichtlichen Entscheidung, kein Anlass, hierüber abschliessend zu befinden, weil die Berufungskläger aus anderen Gründen keine überzeugenden Argumente für ein schützenswertes Interesse an einer Kostenschätzung mit einer Genauigkeit von +/-10% im Rahmen des vorsorglichen Beweisführungsverfahrens nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO vorzubringen vermögen. 4.3.2 Die Berufungskläger behaupten zwar in ihrer Berufung, sie hätten das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung auch mit einer drohenden Beweisgefährdung begründet. Das Kantonsgericht kann indessen weder im Gesuch der Berufungskläger vom 20. April 2021 noch an anderer Stelle in den vorinstanzlichen Akten entsprechende substantiierte Ausführungen der Berufungskläger erblicken. Zudem ist auch nicht einzusehen, welcher Beweismittelverlust bei Unterbleiben der beantragten Kostenschätzung mit einer Genauigkeit von +/- 10% drohen könnte. Die Verweigerung der vorsorglichen Beweisführung durch die Vorinstanz ist deshalb vor diesem Hintergrund mangels Beweissicherungsbedürfnis der Berufungskläger nicht zu

beanstanden. 4.3.3 Der Einwand der Berufungskläger, die Vorinstanz habe im angefochtenen Entscheid verkannt, dass die Klärung von Beweis- bzw. Prozesschancen in quantitativer Hinsicht im Hinblick auf die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs Gegenstand einer vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO sein könnten, ist nach Ansicht des Kantonsgerichts gerechtfertigt. Weder der Gesetzeswortlaut von Art. 158 ZPO sieht eine solche Einschränkung vor, noch wird solches von Rechtsprechung oder Doktrin vertreten. Auch der Hinweis der Vorinstanz auf Art. 367 Abs. 2 OR, welcher den Besteller ermächtigt, auf eigene Kosten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige zu verlangen zur Sicherung des Beweises für die Mangelhaftigkeit oder die Mangelfreiheit des abgelieferten Werkes, verfängt nicht, zumal das Zivilkreisgericht nicht begründet hat, inwiefern das seitens der Berufungsbeklagten geschuldete Werk bereits abgeliefert worden sein soll und die Berufungskläger in ihrem Gesuch das Gegenteil behauptet haben. Obwohl die vorinstanzliche Begründung der angefochtenen Verfügung in diesen beiden Punkten nach Ansicht des Kantonsgerichts rechtlich nicht haltbar erscheint, ist die Berufung aus nachstehenden Gründen trotzdem abzuweisen (vgl. E. 4.3.4 hiernach).

4.3.4 Gemäss Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Zivilkreisgerichts wird der Antrag auf Einholung einer Kostenschätzung nicht vollständig abgewiesen, sondern den Berufungsklägern lediglich verwehrt, dem Experten eigens eingeholte Offerten für eine Kostenschätzung zur Verfügung zu stellen. Es wäre sicherlich wünschenswert gewesen, wenn die Vorinstanz gleichzeitig klargestellt hätte, wie der Experte bezüglich Kostenschätzung instruiert wird. Dieses vorinstanzliche Säumnis hat nun allerdings nicht zur Folge, dass überhaupt keine Kostenschätzung zur Debatte steht. Wie die Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen erstinstanzlichen Verfügung in diesem Zusammenhang zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Prozessverlauf, wie er aus den erstinstanzlichen Akten hervorgeht. Der Ausgangspunkt dabei bildet die Verfügung des Zivilkreisgerichts vom 18. April 2023, welche durch den abschlägigen Entscheid gemäss Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 12. Juli 2023 wieder zum Tragen kommt. Diese Verfügung verweist auf das bereits zitierte Schreiben des Experten vom 17. April 2023, welches seinerseits auf ein solches des Experten vom 8. September 2022 Bezug nimmt. Im letztgenannten Schreiben meldete der Experte zurück, dass eine Kostenschätzung mit einer Genauigkeit von +/- 10% ohne weitergehende Abklärungen nicht möglich sei, eine solche mit einer Genauigkeit von +/- 20% allerdings abgegeben werden könne. Wenn die Vorinstanz dem Experten den Auftrag zur ergänzenden Expertise gemäss Verfügung vom 18. April 2023 erteilt hat mit den «von ihm im Schreiben vom 17. April 2023 angefügten Einschränkungen», ist dies nach Ansicht des Kantonsgerichts nicht anders zu verstehen, als dass vom Experten sehr wohl eine Kostenschätzung verlangt wurde, allerdings «nur» mit einer Genauigkeit von +/- 20%. Daraus folgt einmal, dass die Berufungskläger in ihrer Berufung von der falschen Prämisse ausgegangen sind, ihnen sei eine Kostenschätzung gänzlich verwehrt worden. Dementsprechend fehlt es der Berufung an der erforderlichen rechtlichen Begründung, weshalb eine Kostenschätzung mit einer Genauigkeit von +/- 20% nicht ausreichend sei. Die Berufungskläger hätten zur Erfüllung der Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines schützenswerten Interesses im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darlegen müssen, weshalb eine Kostenschätzung mit einer Genauigkeit von +/- 20% nicht genüge und stattdessen eine solche mit einer Genauigkeit von +/- 10% für ihre materiellrechtlichen Ansprüche entscheidend sei. Daraus folgt, dass der vorinstanzliche Entscheid, mit welchem der Antrag der Berufungskläger vom 17. Mai 2023 betreffend ihrer Ermächtigung zur Einreichung der eingeholten Offerten

abgewiesen wurde, im Ergebnis mit einer anderen rechtlichen Begründung als von der Vorinstanz erwogen zu schützen ist. Der Experte braucht für seine Kostenschätzung mit einer Genauigkeit von +/- 20% keine zusätzlichen Offerten einzuholen. Die Berufungskläger haben die Notwendigkeit einer genaueren Schätzung für die Abklärung der Prozesschancen zur Durchsetzung eines bestimmten materiellrechtlichen Anspruchs nicht glaubhaft gemacht. Die Berufung ist demzufolge abzuweisen.

## E. 5

Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass die Rückweisung der von den Berufungsklägern angebotenen Offerten gemäss der angefochtenen Verfügung vom 12. Juli 2023 gerechtfertigt war, weil eine Kostenschätzung auf deren Basis kein unabhängiges neutrales Gerichtsgutachten ergeben hätte. Kommt hinzu, dass die Berufungskläger ihre Offerten bis dato noch nicht einmal offengelegt haben. Selbst wenn von einer generellen Zulässigkeit der Offertenedition zuhanden des Experten ausgegangen werden müsste, wäre der Antrag abzuweisen gewesen. So hätte der Berufungsbeklagten die Möglichkeit eingeräumt werden müssen, zu den besagten Offerten im Rahmen ihres rechtlichen Gehörs Stellung zu nehmen. Zudem hätten die Offerten beim Zivilkreisgericht auch vorliegen müssen, damit die Vorderrichterin deren Eignung als Grundlage einer Kostenschätzung hätte beurteilen können. Die Berufung ist auch vor diesem Hintergrund abzuweisen. 6.1 Abschliessend ist noch über die Verteilung der Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), für das Rechtsmittelverfahren zu befinden. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Dieser Grundsatz gilt sinngemäss auch für die Rechtsmittelinstanz. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gibt es im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung im Normalfall zwar keine unterliegende Partei. Die vorsorgliche Beweisaufnahme erfolge, so das Bundesgericht, im Hinblick auf ein eventuelles Hauptverfahren, in dem erst entschieden werde, welche Partei in der Auseinandersetzung über einen behaupteten materiellen Anspruch unterliege. Die gesuchsbeklagte Partei gelte daher nicht als unterliegende Partei im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO, wenn sie die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung beantragt habe und das Gesuch entgegen diesem Antrag gutgeheissen werde. Das Unterliegerprinzip könne hier für die Kostenverteilung nicht zum Tragen kommen. Zu beachten sei dabei auch, dass der Abweisungsantrag für die Durchführung eines Verfahrens nicht ausschlaggebend sei. Der Richter habe auch ohne einen solchen in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO erfüllt seien, d.h. im Fall, dass sich das Gesuch auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stütze, ob eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse im Sinn dieser Bestimmung glaubhaft gemacht sei (BGE 140 III 30 E. 3.4.1 mit Hinweis auf BGE 139 III 33 E. 4 S. 34). und BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81 f.; BGer 4A\_118/2012 vom 19. Juni 2012 E. 2.1). Ob dieselben Überlegungen für den Kostenentscheid auch bei Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung zu berücksichtigen sind, hatte das Bundesgericht im zitierten BGE 140 III 30 nicht zu entscheiden. Im Weiteren ist dem besagten Urteil auch nichts darüber zu entnehmen, ob für das erst- und das zweitinstanzliche kantonale Verfahren nach Art. 158 ZPO dieselben Grundsätze bei der Kostenverteilung gelten würden. Das Kantonsgericht geht in Anlehnung an einen Entscheid des Zürcher Obergerichts davon aus, dass die Anwendung des Unterliegerprinzips im Rechtsmittelverfahren gegen einen erstinstanzlichen Entscheid nach Art. 158 ZPO nicht ausgeschlossen ist (Urteil des OGer ZH PF140028 E. 5, zitiert bei:

Fellmann in: ZPO Komm., Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2016, 3. Aufl., Art. 158 ZPO N 44c) bzw. bei einem ablehnenden Entscheid des Erstgerichts und Bestätigung desselben im Rechtsmittelverfahren die Anwendung von Art. 106 ZPO für den Kostenentscheid für das zweitinstanzliche Verfahren sogar geboten ist. Der Gesuchsteller und Rechtsmittelkläger, der mit seinem Gesuch die Voraussetzungen nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nicht glaubhaft machen konnte, gilt auch im vorsorglichen Beweisführungsverfahren über beide Instanzen offenkundig als unterliegende Partei, weshalb sich ein Abweichen vom Grundsatz der Kostenverteilung gemäss Art. 106 ZPO nicht rechtfertigt. 6.2 Die vorstehenden Erwägungen haben gezeigt, dass die Berufung vollumfänglich abzuweisen ist. Die Berufungskläger haben somit die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen und der anwaltlich vertretenen Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung zu entrichten. Die Entscheidgebühr wird in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V.m.t § 8 Abs. 2 lit. a der Verordnung über die Gebühren der Gerichte (SGS 170.31; Gebührentarif) auf CHF 2'000.00 festgelegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten hat mit Eingabe vom 4. Oktober 2023 seine Honorarnote eingereicht, welche sich auf CHF 9'667.60 (inkl. Auslagen und MWSt) beläuft. Die Honorarrechnung wurde den Berufungsklägern mit Stempelverfügung vom 5. Oktober 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt, ohne dass sich diese in der Folge zur geltend gemachten Parteientschädigung noch vernehmen liessen. Zumal das nach Zeitaufwand mit 29,25 Std. zu einem Stundenansatz von CHF 300.00 berechnete Honorar von CHF 8'775.00 zwar an der oberen Grenze liegt, indessen aber tarifkonform und unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falles in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und der Bedeutung der Streitsache nicht offensichtlich überhöht erscheint sowie die Auslagen in Höhe von CHF 201.40 separat ausgewiesen und die Mehrwertsteuer von 7,7% (ausmachend CHF 691.20) geltend gemacht wurden, ist der Berufungsbeklagten die beantragte Parteientschädigung in Höhe von CHF 9'667.60 antragsgemäss zuzusprechen (vgl. § 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 TO).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.